

LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA DESVINCULACIÓN DEL
PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES COLOMBIANAS DESDE LA
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCION

Andrés Giovanny Barrios Suarez
Edison Rafael Venera Lora



Universidad La Gran Colombia
Especialización en Derecho Administrativo
Fundamentos de Investigación
Bogotá D.C.
2018

LA FACULTAD DISCRECIONAL EN LA DESVINCULACIÓN DEL
PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES COLOMBIANAS DESDE LA
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

Andrés Giovanni Barrios Suarez
Edison Rafael Venera Lora

Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar el título de Especialista en
Derecho Administrativo

Dra. Sandra Marcela Castañeda
Docente

Universidad La Gran Colombia
Especialización en Derecho Administrativo
Fundamentos de Investigación
Bogotá D.C.
9 de noviembre de 2018

TABLA DE CONTENIDO

Resumen.....	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	11
ANTECEDENTES	11
1.1 Objetivos	11
1.1.1 Objetivo general.	11
1.1.2 Objetivos Específicos.....	11
1.2 Planteamiento del problema.....	11
1.3 Hipótesis.....	18
1.4 Marco teórico: teoría general de la discrecionalidad.	19
1.5 Marco jurídico.....	29
1.6 Metodología	37
CONCEPTOS JURÍDICOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA DESVINCULACIÓN DEL PERSONAL DE LA FUERZA PÚBLICA.....	39
2.1 Antecedentes históricos de la facultad discrecional en Colombia	39
2.2 Efectos de la facultad discrecionalidad en el Estado colombiano y su aplicación al personal de la Fuerza Pública.....	44
2.3 El ejercicio de la facultad discrecional como herramienta legal.....	47
CAPÍTULO III.....	52
FACULTAD DISCRECIONAL EN LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN COLOMBIA.	52
3.1 Aplicación de la jurisprudencia constitucional	52
3.2 Aplicación de la facultad discrecional a los miembros de la Fuerza Pública desde la jurisprudencia del Consejo de Estado.	53

3.3 Efectividad del Estado al hacer uso del derecho a la defensa y el debido proceso vs facultad discrecional.....	54
CONCLUSIONES	58
REFERENCIAS.....	60

Resumen

El presente trabajo de investigación describe el origen de la facultad discrecional de la Fuerza Pública en Colombia. En un marco teórico expone las diferentes tesis, estudios y corrientes dogmáticas de la facultad discrecional a nivel general y a nivel específico para el caso del Derecho Administrativo, partiendo del concepto general de discrecionalidad, su clasificación, y su finalidad en el Derecho Administrativo, su alcance, límites y objetivos como medio de cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Posteriormente, bajo un marco jurídico, refiere la aplicación de la facultad discrecional en el caso de las Fuerzas Militares de Colombia y la Policía Nacional, partiendo de la regulación de las normas que contemplan esta facultad discrecional para el caso de la Fuerza Pública, ello se ha convertido en una forma de abuso y arbitrariedad por parte de la administración, que ha infringido los derechos al debido proceso, al trabajo digno entre otros. Análisis de la línea jurisprudencial sobre las posibles causas de la inadecuada aplicación y ejercicio de la facultad discrecional en el caso del retiro de personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, centrándose principalmente sobre las consideraciones que para el caso concreto han desarrollado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Finalizando, este documento plantea algunas conclusiones del análisis que expone durante el desarrollo de la temática.

Palabras claves: Estado, Fuerzas Públicas, Facultad discrecional, debido proceso, Estado Social de Derecho, retiro, arbitrariedad.

Abstract

The present research work describes the origin of the discretionary faculty of the Public Force in Colombia. In a theoretical framework exposes the different theses, studies and dogmatic currents of discretionary power at a general level and at a specific level for the case of Administrative Law, based on the general concept of discretion, its classification, and its purpose in Administrative Law, its scope, limits and objectives as a means of fulfilling the

essential purposes of the State. Subsequently, under a legal framework, refers to the application of the discretionary power in the case of the Colombian Military Forces and the National Police, based on the regulation of the rules that contemplate this discretion for the case of the Public Force, this is It has become a form of abuse and arbitrariness on the part of the administration, which has infringed the rights to due process, to decent work among others. Analysis of the jurisprudential line on the possible causes of the inadequate application and exercise of the discretionary power in the case of the withdrawal of personnel from the Armed Forces and the National Police, focusing mainly on the considerations that the Court has developed for the specific case Constitutional and the Council of State. Finalizing, this document raises some conclusions of the analysis that exposes during the development of the subject.

Key words: *State, Public Forces, Discretionary faculty, due process, Social State of Law, withdrawal, arbitrariness.*

INTRODUCCIÓN

Este proyecto de investigación pretende la valoración, descripción y explicación de la jurisprudencia en Colombia con otros conceptos jurídicos, determinar el impacto que genera la discrecionalidad en el retiro del personal de la Fuerza Pública en Colombia, frente a los derechos fundamentales del debido proceso, del trabajo y de la defensa de estos, a partir del “choque de trenes” que existe entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Al tema que reviste este escrito desde la postura del principio de legalidad en la función administrativa, según el cual las actuaciones del Estado deberán estar sometidas a la ley y al Derecho, es uno de los pilares fundamentales de la fórmula de Estado Social de Derecho (Benite,2010). Esto es un precedente que sustenta la necesidad de que el Derecho Administrativo, se eleve a rango constitucional y que se tenga en cuenta la postura de la Corte Constitucional, que se ha mantenido en su línea jurisprudencial de que los actos administrativos,

de retiro de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional deben motivarse y notificarse para proteger el derecho a la defensa y al debido proceso del uniformado.

En ese sentido, el problema jurídico que se pretende abordar es si el uso de la facultad discrecional para el retiro de miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional por razones del servicio, obedece a la racionalidad o a la arbitrariedad, o por si por contrario los elementos normativos actuales, son suficientes, objetivos y razonables y por ende acordes a los preceptos que indica la Constitución Política de 1991, al solo requerirse una manifestación de un Comité de Evaluación o de una Junta Asesora de Evaluación o Clasificación. Para abordar dicho problema de investigación, es clara la necesidad de evaluar las posiciones de la Corte Constitucional, en especial la relacionada con la determinación de lo que se entiende por discrecionalidad y cuál es el límite que esta tiene, frente a la arbitrariedad y más aún cómo puede trazarse dicha línea entre una y otra figura, basados en una regulación incompleta y con un alto grado de inseguridad jurídica.

Considerando, todo lo expuesto y especialmente con base en el interrogante que se plantea, como es ¿Cuál es el impacto que genera la discrecionalidad en el retiro del personal de la Fuerza Pública en Colombia, frente a los derechos fundamentales al debido proceso, el trabajo y la defensa, a partir del “choque de trenes” que existe entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional? , que se decantara a través de tener una noción, antecedentes que ha tenido el tema relacionado con el retiro del servicio por la facultad discrecional que le asiste al Gobierno Nacional, y de la cual surge la consecución de los cometidos estatales en cabeza de las Fuerzas Militares previo el cumplimiento de unos requisitos formales, que aquella no se podía convertir en una manera expedita y por demás arbitraria de desvincular precipitadamente del servicio a sus miembros, máxime cuando se demuestra una prestación del servicio de forma eficaz y con evaluación excepcional y superior, pasándose por alto el respeto a las garantías fundamentales al trabajo mínimo vital e igualdad del actor, cuando al momento de ser retirado intempestivamente carecía del derecho a gozar de una asignación de retiro.

Especialmente con base en la transformación jurisprudencial que ha tenido el tema relacionado con el retiro del servicio por la facultad discrecional que le asiste al Gobierno Nacional, y de la cual surge la consecución de los cometidos estatales en cabeza de las Fuerzas Militares previo el cumplimiento de unos requisitos formales, que aquella no se podía convertir en una manera expedita y por demás arbitraria de desvincular precipitadamente del servicio a sus miembros, máxime cuando se identifica que una prestación policial eficaz y con evaluación excepcional y superior, pasándose por alto el respeto a las garantías fundamentales al trabajo mínimo vital e igualdad del actor, cuando al momento de ser retirado intempestivamente carece del derecho a gozar de una asignación de retiro.

El tema reviste importancia para el conocimiento de los funcionarios del Ministerio de Defensa y de las Fuerzas Militares que toman decisiones y cumplen procedimientos aplicando la facultad discrecional, es de interés también para quienes eventualmente son afectados por estas decisiones, para la comunidad académica y para los profesionales del derecho que se desempeñan en el área del Derecho Administrativo.

Para lo anterior, se realiza un marco teórico, doctrinal, legal vigente en Colombia; de la misma forma se desarrollan los contenidos pertinentes de la Ley de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y del Decreto 1790 y 1791 de 2000, como marco normativo de referencia para precisar los límites legales generales y el procedimiento establecido para aplicar la facultad discrecional en la institución armada. y la jurisprudencia, igualmente la consideración de la Corte Constitucional en sentencia de Unificación SU 172 de 2015 y los nuevos parámetros jurisprudenciales de los asuntos relacionados con el retiro discrecional de los miembros de las Fuerzas Militares. En específico la relacionada con la determinación de lo que se entiende por discrecionalidad y cuál es el límite que esta tiene, frente a la arbitrariedad y más aún cómo puede trazarse dicha línea entre una y otra figura, basados en una regulación incompleta y con un alto grado de inseguridad jurídica.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES

1.1 Objetivos

1.1.1 Objetivo general.

Determinar el impacto que genera la discrecionalidad en el retiro del personal de la Fuerza Pública en Colombia, frente a los derechos fundamentales del debido proceso, del trabajo y de la defensa de estos, a partir del “choque de trenes” que existe entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

1.1.2 Objetivos Específicos

Identificar los fundamentos legales y constitucionales de la discrecionalidad y su control administrativo en Colombia

Determinar la aplicación indebida de la facultad discrecional en los miembros de la Fuerza Pública en Colombia a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Evaluar la incidencia que tiene la falsa motivación y la ausencia de motivación, en los derechos del miembro de la Fuerza Pública en Colombia.

1.2 Planteamiento del problema.

El retiro discrecional, es una facultad que se encuentra en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional, que consiste en la potestad que tiene dicha institución de retirar de manera

nominal a los miembros de la Fuerza Pública, sin necesidad de motivación alguna. Sus inicios se remiten al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Decreto 2010 de 1992, a raíz de las crisis disciplinarias al interior de estas Fuerzas y a la presencia de actos de corrupción de alto impacto, que conllevaron o crearon la necesidad de la adopción de medidas drásticas y efectivas que dieran como resultado la desvinculación célere de aquellos miembros que hicieran uso de sus facultades de manera inadecuada o tendenciosa.

Ello fue avalado en distintas normas, como el Decreto – Ley 573 de 1995, modificatorio del Decreto – Ley 41 de 1994, respecto de las normas que regían la carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional. Por su parte el Decreto 574 de 1995, en su artículo 11 mediante el cual se modificó de forma parcial el Decreto 262 del 31 de enero de 1994, sobre las normas de carrera profesional de los miembros de la Policía Nacional, siendo ratificada finalmente por el artículo del Decreto 1790 de 2000, que consagra en el artículo 104 la facultad discrecional de retiro y para el caso de los miembros de la Fuerza Policial, el Decreto 1791 de 2000, en su artículo 62 que consagra la misma figura.

La Fuerza Pública en Colombia de acuerdo con el artículo 216 de la Constitución Política de 1991, se encuentra conformada por las Fuerzas Militares, esto es el Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada Nacional y la Policía Nacional, cuya finalidad no es otra que la de servir de instrumentos en materia de preservación, y fomento de la seguridad nacional, frente a amenazas externas e internas, que afecten el orden democrático establecido en la Carta Magna de 1991 (Vásquez, 2017).

En ese sentido, la finalidad que tienen las Fuerzas Militares de Colombia es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Es así, como la misión de las Fuerzas Militares se dirige a la preservación de la integridad territorial y al orden democrático del Estado. Para el caso de la Policía Nacional, la finalidad que esta

persigue es la garantía de los derechos de los ciudadanos, y la manutención de la convivencia pacífica, que logre efectivizar dichos derechos.

A pesar de la importante finalidad que tienen estas instituciones en Colombia, su disminución es inminente si se tienen en cuenta los últimos acontecimientos como la firma del Acuerdo de Paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). Ello ha conllevado a una reconsideración del volumen del pie de fuerza y la inevitable necesidad de su disminución, de cara a las nuevas necesidades que tiene el país, que ya no se encuentran relacionadas con la defensa del territorio. Esta coyuntura sumada a la discrecionalidad que existe en materia de retiro de miembros de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional, ha generado una discusión en torno a la necesidad de motivación que debe existir al momento de la desvinculación de un miembro del pie de fuerza.

Los llamados a dirimir dicha controversia son el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, como supremos intérpretes del Derecho Administrativo y de los derechos fundamentales, respectivamente. Sin embargo, de sus jurisprudencias, a la fecha no existe una unificación en la jurisprudencia que permita determinar si debe o no haber motivación en el retiro de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. En el caso del Consejo de Estado, la posición que se ha adoptado es que al ser una facultad discrecional el retiro del personal de las Fuerzas Militares no existe el deber de motivación, y por ende basta solo con la manifestación o concepto previo de la Junta de Evaluación respectiva, para determinar si es procedente o no la asignación de retiro.

Contrario a ello, la Corte Constitucional indica que es necesario y procedente la motivación del retiro, ya que no basta con que exista una recomendación que así lo sustente, sino que se hace imprescindible que exista una motivación real que se sustente en el análisis profundo de la hoja de vida del uniformado y las razones que fundamentan la decisión adoptada, a efectos de que se puedan ejercer en debida forma los derechos a la defensa y al debido proceso. En ese

sentido, y ante la evidente contradicción que existe entre una posición u otra es evidente la existencia de un vacío jurídico respecto del deber de motivación, que necesariamente debe ser analizado, lo que a su vez genera una inseguridad jurídica entre los miembros de la Fuerza Pública, respecto de su derecho al trabajo y a la estabilidad laboral.

Para el caso del Derecho Administrativo, es claro que este vacío implica que existe una facultad discrecional absoluta y arbitraria en materia de retiro de miembros del pie de fuerza, en desmedro de sus derechos como administrados, lo que en consideración de Adamovich (1954), implica un desconocimiento total de los preceptos de un Estado de Derecho. Sumado a la posibilidad de una afectación directa del derecho al debido proceso y a la defensa, se suman otras circunstancias que ameritan estudio

Una de estas, es la posible configuración de vicios como la desviación de poder, que como elemento de control judicial sobre los actos administrativos se caracteriza por la violación del principio de legalidad y de los derechos fundamentales, que implican necesariamente una extralimitación de funciones. Asimismo, la falsa motivación, o la ausencia de ésta, se traduce en un desbordamiento de los límites que establece la Constitución Política de 1991 y la Ley, que en un futuro podrían constituirse en una posible causal de nulidad de los actos administrativos, que consagra dicho retiro, por vulnerar de manera flagrante derechos fundamentales.

Ahora, si bien es cierto, el retiro de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, es avalada por la Ley (Ley 1437 de 2011, artículo 44; Decreto 1790 de 2000), ello no es óbice para que exista una verdadera motivación, cuando se trata del retiro de un miembro de la Fuerza Pública, máxime cuando éste es titular (como administrado), de derechos fundamentales como el del trabajo, el debido proceso, y el derecho a la defensa. Esa permisión, y la inseguridad jurídica que ello conlleva, se traduce en la posibilidad de que existan destituciones y retiros arbitrarios, que sean contrarios a la gestión diligente de quien debe sufrir ello, fruto de decisiones arbitrarias.

En ese sentido, el problema jurídico que se pretende abordar es si el uso de la facultad discrecional para el retiro de miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional por razones del servicio, obedece a la racionalidad o a la arbitrariedad, o por si por contrario los elementos normativos actuales, son suficientes, objetivos y razonables y por ende acordes a los preceptos que indica la Constitución Política de 1991, al solo requerirse una manifestación de un Comité de Evaluación o de una Junta Asesora de Evaluación o Clasificación. Para abordar dicho problema de investigación, es clara la necesidad de evaluar las posiciones de la Corte Constitucional, en especial la relacionada con la determinación de lo que se entiende por discrecionalidad y cuál es el límite que esta tiene, frente a la arbitrariedad y más aún cómo puede trazarse dicha línea entre una y otra figura, basados en una regulación incompleta y con un alto grado de inseguridad jurídica.

Como se indica en líneas anteriores, los avances jurisprudenciales muestran diferencias en lo que respecta a esta limitación, en atención a que no existe una claridad respecto de cuando se está ante un acto discrecional legítimo, y cuando se está ante un escenario de arbitrariedad, que aluden y demandan unos controles eficaces y tendientes a la verificación de verdaderos hechos que determinen la desvinculación o retiro de un miembro de la fuerza pública, que en nada se consolida en una forma arbitraria de desconocimiento de los derechos fundamentales al trabajo, bajo el escudo de una facultad discrecional que pasa a convertirse en arbitraria.

Ello es precisamente lo que ha buscado extinguir el proceso de constitucionalización del Derecho y del ordenamiento jurídico colombiano, a través del establecimiento de la ley como el imperativo a seguir por la Administración y la rama judicial, y la protección de los derechos fundamentales de los administrados como finalidad primigenia del Estado como garante de estos. Ante ello es claro, que un acto administrativo, que implique un desconocimiento de los derechos fundamentales, como es el caso de aquellos, donde existe una falsa motivación o la ausencia de argumentación en el retiro discrecional, es directamente un desconocimiento de los fundamentos

y fines esenciales del Estado como garante de derechos, y por ende del proceso de constitucionalización del derecho, más cuando dicha facultad discrecional, se usa de forma recurrente y sin el cumplimiento cabal de las exigencias que la ley impone para el efecto.

Esa es la tesis, que ha mantenido la Corte Constitucional. Por su parte, el Consejo de Estado ha sido tajante al indicar que el principio de legalidad es preeminente en lo que respecta al retiro discrecional de miembros de las Fuerzas Militares, y que el deber de motivación en dichos actos administrativos es potestativo, más nunca obligatorio, en atención a que la ley así lo indica. Bajo dicha argumentación, la Fuerzas Militares han optado por hacer un uso inadecuado de estas, que ha degenerado en una forma de permisión de la arbitrariedad, pero que, basados en el principio de legalidad, pareciese ser legítima.

La primera tesis, es decir la indicada por la Corte Constitucional, del deber de limitación de la arbitrariedad con la motivación, deja en claro que ello se hace imprescindible, para no dejar en el “limbo jurídico”, algunos otros derechos conectados con el de la motivación. En esencia, el deber de motivación comprende la transmisión de las razones que fundamentan la decisión, a fin de que estas puedan ser conocidas y debatidas por quien debe sufrir los efectos del acto administrativo. Es ese deber de motivación, lo que permite ejercer el derecho a la defensa, lo que difícilmente puede lograrse con un uso inadecuado del principio de legalidad, en desmedro del derecho a la defensa, cuando precisamente el principio de legalidad hace parte en conjunto con el derecho a la defensa del principio universal de las actuaciones administrativas, conocido como el debido proceso.

En ese sentido, es claro que el poder discrecional, contenido en los Decreto 1790 y 1791 del 2000, no debe nunca implicar el desconocimiento del Estado de Derecho. Ello quiere decir que no por ser discrecional una facultad, ello implique el abuso y desconocimiento de los derechos de los administrados (como lo son los miembros de la Fuerza Pública). Entender de esa manera la facultad discrecional, es desconocer los cimientos del Estado de Derecho. Por

supuesto no se trata tampoco, del desconocimiento de la discrecionalidad, por el contrario, ella permite tomar en casos como la disciplina castrense medidas necesarias para el cumplimiento del fin último de seguridad nacional, que persiguen los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

La mayoría de las demandas que afronta en la actualidad el Ministerio de Defensa deviene precisamente de esta permisión de discrecionalidad que se ha convertido en arbitrariedad, y que genera diversos problemas a nivel judicial y personal en el uniformado. Al efecto Barberi y Téllez (2015), indican lo siguiente:

(...) viene siendo una constante el incremento de demandas por el uso arbitrario e indebido de la facultad discrecional en las Fuerzas Armadas de Colombia, el cual tiene serias repercusiones que basta enunciar, primero contra el servidor público uniformado por cuanto finiquita su proyecto de vida como uniformado al excluirlo de su carrera profesional, ya que por ser el Estado el único empleador del militar o policial, no le da posibilidad de desarrollar las capacidades para las cuales fue formado en su especialidad y frustran su proyecto de vida y su carrera, se juega con su buen nombre y honor, de paso se afecta directamente su núcleo familiar a tal punto que le desestabiliza totalmente en su ordinario vivir; igualmente resulta sumamente desfavorecida la institución, pues se prescinde de un buen funcionario, sin que en el fondo se procure realmente la mejora del servicio de la administración y por último también se afecta el Estado, puesto que además de perder un servidor, debe soportar una alta y larga carga investigativa por cada uno de los uniformados retirados por el mal uso de esta facultad discrecional. A nivel de jurisdicción contencioso administrativa, la fuerza pública es la que genera el mayor volumen de trabajo para la justicia, congestión, sobrecarga laboral y se profiere fallos de innumerables casos en contra de las instituciones pertenecientes al Ministerio de Defensa, generando cuantiosísimas sumas indemnizatorias a pagar como

reconocimiento de sus derechos vulnerados por el mal ejercicio de la facultad discrecional de parte de la administración, y finalmente termina ordenándose el restablecimiento del servidor y su restitución al cargo, con las implicaciones que ello entraña, entre otras, los pagos con retroactividad correspondiente al tiempo que permaneció desvinculado de la institución. (p. 15 – 16)

Por lo anterior, es claro que existe una situación fáctica y jurídica, que amerita una profundización, desde el panorama que ofrece el Derecho Administrativo, que se centra en la evidente inseguridad jurídica que condiciona el retiro discrecional de miembros de la Fuerza Pública de manera arbitraria, que desconoce derechos fundamentales como el del trabajo, el de la defensa y el debido proceso.

De acuerdo al anterior planteamiento, el interrogante que se pretende abordar en esta investigación comprende el siguiente cuestionamiento: **¿Cuál es el impacto que genera la discrecionalidad en el retiro del personal de la Fuerza Pública en Colombia, frente a los derechos fundamentales al debido proceso, el trabajo y la defensa, a partir del “choque de trenes” que existe entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional?**

1.3 Hipótesis.

La inferencia de la facultad discrecional que existe en el retiro del servicio de los miembros de las Fuerzas Militares, impacta de manera negativa los derechos de los uniformados, en lo que respecta a su derecho al trabajo y a la estabilidad jurídica, el derecho a la defensa y el debido proceso, lo que sumado a la falta de regulación, conlleva a una inseguridad jurídica, que se deriva de la falta de unificación jurisprudencial que al respecto existe en el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Para el caso, del derecho al trabajo, es claro que, al no existir unas directrices claras respecto de la desvinculación, no es posible hablar de una estabilidad jurídica real del uniformado como trabajador del Estado, lo que lo pone en desigualdad respecto de otros servidores públicos, sumado a la imposibilidad de poder ejercer otra profesión con los conocimientos adquiridos, afectando de manera irremediable su proyecto de vida.

Asimismo, en el caso del derecho a la defensa y al debido proceso, la falsa motivación o la ausencia de motivación, conlleva a que exista un desconocimiento del derecho a repeler el acto administrativo, cuando el retiro es injustificado, lo que a su vez conlleva, indefectiblemente a una violación directa del derecho al debido proceso, criterio orientador de todas las actuaciones de índole administrativo.

1.4 Marco teórico: teoría general de la discrecionalidad.

Los precursores más influyentes en la filosofía del derecho que tratan de la discrecionalidad son Hart y Dworkin, en la corriente del positivismo jurídico. Cada uno de estos autores, centraron el debate de la discrecionalidad, transformando las visiones contemporáneas acerca del papel que deben tener los jueces, la relación que existe entre derecho y moral, y los cimientos mismos del derecho.

En materia de la teoría de la discrecionalidad tanto Hart como Dworkin considera esta facultad como aquella inherente a las autoridades judiciales, al momento de interpretar el derecho en una situación concreta, donde la solución se contrapone en la aplicación de reglas y principios (Hart y Dworkin, 2002). De acuerdo a la postura de Hart, el lenguaje tanto en lo humano como en lo jurídico es impreciso, puesto que varios conceptos pueden ser interpretados o ponderados de forma distinta, lo que crea o permite la existencia de una zona de penumbra, que no tiene otra forma de solución que la interpretación que nace de la discrecionalidad de la autoridad encargada de dirimir el conflicto (Hart & Dworkin, 2002). Al respecto Barberi y Téllez

(2015) indican que la discrecionalidad es necesaria en la resolución de casos difíciles, “(...) por cuanto existe más de una interpretación y aquí se le da la interpretación más apropiada basada en la hermenéutica jurídica, según los jueces como atribución de discrecionalidad”. (Barberi & Téllez, 2015, p. 27).

Por su parte Dworkin considera que no todos los casos jurídicos de difícil resolución son fruto de la indeterminación de la norma o de la vaguedad del lenguaje, ya que existen premisas y principios del Derecho que coadyuvan y orientan la decisión de quien debe dirimir el conflicto, de forma tal que la discrecionalidad es excepcional y casi que inexistente, y limitando la acción del juez, a la aplicación exegética de la norma y de los principios generales del Derecho. Al respecto Barberi Téllez (2015) indican lo siguiente:

(...) los jueces en los casos difíciles no tienen discrecionalidad para crear derecho: por el contrario, tienen que aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico, porque, aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y, en consecuencia, una de las partes en un litigio tendrá derecho a que el juez le reconozca en su sentencia que esos principios le dan razón.
(p. 28)

Dworkin distingue dos tipos de discrecionalidad: (i) la discrecionalidad débil y, (ii) la discrecionalidad fuerte. Cuando se habla de una discrecionalidad débil, el funcionario no puede aplicar de forma mecánica una norma, sino que requiere de un proceso de discernimiento, o en aquellos eventos en los que el funcionario tiene la autoridad final para adoptar la decisión sin que esta se encuentre sujeta a un control posterior (Dworkin, 1995). Por su parte cuando se habla de la discrecionalidad en sentido fuerte, el funcionario tiene una mayor amplitud en su decisión, al no encontrarse sujeto a ningún precepto previo que le indique la forma en la que debe ejercer su discrecionalidad. A manera de ejemplo Dworkin señala que en el caso de la discrecionalidad en sentido fuerte el funcionario.

(...) debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar el ejercicio de su juicio, sino para afirmar que, en los que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. (Dworkin, 1995, p. 85)

El profesor Cassagne haciendo una interpretación de esta clasificación, propone la existencia de tres tipos de discrecionalidades, a saber:

(...) a) el margen de arbitrio no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados (es la discrecionalidad fuerte o típica), b) la discrecionalidad se encuentra limitada por un concepto indeterminado que si bien, en principio, solo admite una solución justa puede aparejar un cierto margen de valoración en algunos supuestos para optar entre varias soluciones igualmente justas (vgr., la justicia y la razonabilidad de las tarifas de servicios públicos), es la discrecionalidad débil o atípica, y c) el margen de actuación está limitado a supuestos predeterminados por el ordenamiento (discrecionalidad atenuada, que, puede considerarse como un segundo sentido de la discrecionalidad débil). (Cassagne, 2009, p. 193)

Otro sector de la doctrina considera que existe en la actualidad dos tipos de discrecionalidad. La discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad técnica. En el primer caso, la discrecionalidad administrativa, hace alusión a la facultad que tiene la Administración para realizar una ponderación de hechos y situaciones y establecer en determinada situación, cuál debe ser la actuación que se compadezca en mayor medida con los fines esenciales del Estado. Por su parte, la discrecionalidad técnica, se refiere a aquella facultad que tiene la Administración para adoptar una decisión, con base en un concepto o informe precedente que se somete a su discusión (Sarria, 1986).

El debate de la discrecionalidad que ha surgido de las dos posturas antagónicas de Dworkin y Hart ha impactado los sistemas judiciales a nivel global. En el caso del derecho Administrativo, la facultad discrecional tiene su origen en la separación de poderes, en donde por definición las actuaciones discrecionalidad de la Administración debían escapar del control judicial, siendo entonces la misma Administración, quien debía brindar legalidad a sus actuaciones. Sin embargo, el uso indebido de esta facultad, conlleva a que existiesen decisiones arbitrarias y sin ningún arreglo a los postulados de un Estado de Derecho, con lo que nace la necesidad de regular y determinar hasta dónde va la discrecionalidad de la Administración, y cuando esta se convierte en un exceso de poder. Malagón describe este cambio de manera acertada, de la siguiente manera:

La discrecionalidad tuvo origen en el principio de vinculación negativa de la Administración a la ley, como ya se anotó. Pues aquí la actuación administrativa excede de la mera aplicación de la ley y atiende a razones de oportunidad y conveniencia, de mérito.

En un comienzo la discrecionalidad no tuvo control, la regla general fue la exclusión del control judicial. La administración se controlaba a sí misma (...) El particular siempre debía alegar sustentándose en un derecho adquirido, que no era oponible a la Administración cuando esa dictaba actos generales, para satisfacer los intereses comunes en materias como la agricultura, la industria o el comercio, amparándose en unos actos de pura facultad, emanadas de un poder discrecional que era concomitante “con su deber general de vigilancia y de protección hacia los administrados.

El ámbito de la discrecionalidad se va a ir reduciendo con el nacimiento del recurso por exceso de poder (...) Posteriormente se integrará al antiguo recurso por violación de la ley y de los derechos adquiridos, como una subclase del recurso por exceso de poder. No obstante, este control sobre los actos discrecionales no será total, pues la

exclusión del control judicial subsistirá en los denominados actos de gobierno (...).
(Malagón, 2007, p. 42)

También, por otra parte, Tabio, considera que la discrecionalidad en materia administrativa, fue una forma de perpetuación del poder monárquico en la administración, cuando se presentó la separación de poderes, dejando al control judicial, dicha facultad, solo cuando se trataba de dirimir conflictos de índole particular y judicial, más nunca para cuestionar las decisiones que adopta el ejecutivo, a saber: “(...) En efecto, el concepto de lo discrecional se halla íntimamente ligado a los regímenes democráticos con fuertes antecedentes absolutistas; fue recogido por ellos al aceptar la teoría de Montesquieu, y transferido al Poder ejecutivo como una supervivencia del absolutismo monárquico”. (Tabio, 1954, p. 380)

En materia administrativa, la discrecionalidad tiene su origen en la misma Ley, con la finalidad que poder adoptar decisiones que convengan a los intereses públicos. Murillo define la discrecionalidad administrativa como “(...) las múltiples facultades concedidas a la Administración Pública, a efectos de permitirle dar oportuna y eficaz respuesta a los retos que a menudo le plantean las variables circunstancias de las distintas áreas en que desarrolla su actividad” (Murillo, 2011, p. 18).

Ahora bien, la principal preocupación en atribuir o dotar a la Administración Pública de una facultad discrecional, traducido en la capacidad propia de tomar decisiones sin un control judicial posterior, es una de las preocupaciones o temores de los administrados, al tergiversar la finalidad de dicha figura, y transformándola en arbitrariedad. Sin embargo, también es claro que, en pro del bien general, es necesario que existan facultades discrecionales, principalmente porque el legislador puede prever en la ley, todas y cada una de las posibles situaciones que pueden incidir en el bien general y que requieren de una respuesta oportuna de la Administración, lo que difícilmente podría lograrse si no existe un margen de discrecionalidad (Marín, 2007). Al efecto, Murillo indica lo siguiente:

(...) es innegable que en algunos casos resulta forzoso dejar a la apreciación del órgano o funcionario algunos aspectos o problemas. Unas veces aquel tendrá la oportunidad para decidir, facultado para obrar o abstenerse, según las circunstancias; otras veces, la norma le dará opción para escoger alternativamente entre varias formas de decisión; en algunas ocasiones, la ley solo fijará los presupuestos de hecho que lo autorizan para poner en ejercicio la atribución de que se trata, dándole la potestad para adoptar la decisión más conveniente. De tal suerte que hay facultades administrativas que se ejercen dentro de un cierto margen de discrecionalidad del funcionario u órgano, dejándole la posibilidad de apreciar, de juzgar, circunstancias de hecho y de oportunidad y conveniencia, ya para actuar o no hacerlo, o para escoger el contenido de su decisión, dentro de esos mismos criterios. (Murillo, 2011, p. 19)

Al respecto Sánchez (1995) señala que la necesidad de dar una respuesta oportuna a todas las necesidades de los administrados “(...) presupone la discrecionalidad administrativa, pues la ley, por sus propias características formales y sus exigencias procedimentales es incapaz de prever la respuesta que en cada caso requiere la satisfacción del interés general”. (p. 113)

En ese mismo sentido lo considera Palacios, al señalar que la discrecionalidad es “(...) esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (oportunidad. Económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”. (Palacios, 1997, p. 85). Por su parte, Marín define la discrecionalidad como el:

(...) margen de libertad decisonal que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la

escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, señalando los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico. (Marín, 2007, p. 142)

Ahora bien, bajo ninguna circunstancia, la discrecionalidad puede ser arbitraria, absoluta o ilimitada. En ese sentido puede decirse que existe discrecionalidad cuando concurren los siguientes elementos:

- La ley en forma expresa establece la competencia a la Administración para valorar la oportunidad y conveniencia de una decisión o circunstancia determinada.
- La ley indica cláusulas o conceptos indeterminados que deben ser precisados e interpretados por la autoridad administrativa.
- Cuando los preceptos normativos, resultan insuficientes en virtud de la ausencia de regulación en eventos o circunstancias sobrevivientes. (Sarria, 1986, p. 185)

De esta manera la discrecionalidad no debe tomarse como una posibilidad o autorización a la Administración para que pueda adoptar decisiones por fuera de la ley, o eminentemente subjetivas, sin ningún tipo de justificación o de finalidad legítima. Por el contrario, la funcionalidad que tiene la discrecionalidad como figura dentro del ordenamiento jurídico, no es otra que la de brindar la posibilidad a la Administración, de apreciar las circunstancias particulares de cada hecho, la oportunidad y conveniencia que tiene la decisión que pretende adoptar, su legitimidad al estar ajustada a Derecho o por lo menos a los fines esenciales del Estado, y su necesidad y motivación (Marín, 2007). Al respecto Murillo indica lo siguiente:

Queremos puntualizar desde ya que la discrecionalidad administrativa nunca debe ser absoluta pues por amplia que sea, debe someterse siempre a unos límites generales. En el Estado de derecho no tiene cabida la noción de discrecionalidad absoluta; únicamente es admisible la discrecionalidad relativa. Hoy cuando se habla de decisión discrecional nos referimos por lo general a una decisión administrativa cuyo contenido no está totalmente predeterminado, por tanto, la Ley pone en consideración del órgano administrativo competente, alguno o algunos elementos que la integran, en función de consideraciones de oportunidad. Así, la discrecionalidad puede referirse a la decisión de actuar o no, o bien solamente al momento de hacerlo, al contenido mismo de la decisión o a circunstancias o elementos determinados, o en fin y según las ocasiones, a la elección de la forma o instrumento de la acción administrativa. La discrecionalidad puede ser más amplia o más reducida en función de los elementos reglados de la decisión, es decir, de los límites que establezcan las normas que regulan cada tipo de actuación administrativa. La Administración está sometida a esos límites normativos, distintos en cada caso, pues al ejercer la discrecionalidad se limita a completar el mandato legal con una decisión propia. (Murillo, 2011)

En ese sentido, queda claro entonces que la discrecionalidad en nada es equiparable a la arbitrariedad. Así las cosas, el poder discrecional debe ser ejercido por la Administración que tenga dicha facultad, con sujeción a los límites legales y constitucionales y en cumplimiento de los elementos de razonabilidad. En estos elementos, se basa el deber de motivación de los actos administrativos que son proferidos con atención a la facultad discrecional de la Administración. Al respecto, Murillo recuerda que el juicio de razonabilidad

(...) hace alusión a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una

acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad.
(Murillo, 2011, p. 21)

Al respecto la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

(...) cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no le está determinada previamente por la ley. A contrario sensu, hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinadas situaciones de hecho el administrados debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas (Corte Constitucional, C – 525 de 1995)

En ese sentido, se puede decir entonces que existe una discrecionalidad legítima, cuando la decisión que se toma se encuentra enmarcada dentro de los elementos propios de la ley o del ordenamiento jurídico, postura que de por sí se enmarca en la concepción de Hart de que no puede haber una decisión que no se ajuste al ordenamiento jurídico, aun cuando ello implique acudir a los principios generales del Derecho. Al efecto, Murillo, analizando la postura de Cassagne, inda lo siguiente respecto de la discrecionalidad limitada, a saber:

(...) no puede olvidarse que en el fenómeno de la discrecionalidad lo que existe es una libertad que le permite a la Administración elegir “entre actuar y no actuar”, (discrecionalidad de actuación), mientras que, en otros supuestos, se configura una libertad de opción que le permite elegir la solución entre varias alternativas igualmente justas (discrecionalidad de elección). En este último sentido no puede suponerse que la facultad de elección se otorga siempre al órgano administrativo dentro de un margen de apreciación dejado por el ordenamiento a la elección (es decir a la discreción) del mismo, toda vez que hay numerosos ejemplos en los que la

facultad de elegir se encuentra limitada a escoger una solución entre dos o más que se encuentran regladas. Es decir que puede haber libertad de elección (discrecionalidad) sin que haya margen de apreciación, porque el legislador ya lo acotó con una decisión predeterminada. Además, manifiesta Cassagne no estar de acuerdo en que la elección, como lo afirma Desdentado, se haga sobre la base de criterios extrajurídicos, pues, aunque se apoye en elementos técnicos o de valoración política, el núcleo de la discrecionalidad está en el modo o manera de elegir y siempre será jurídico, en el sentido de que no puede ser irrazonable o arbitrario. Lo contrario sería tanto como identificar lo jurídico con lo positivo lo que, en su parecer, a esta altura de la evolución del derecho no parece sustentable. (Murillo, 2011, p. 22)

De esta legitimidad, se deriva la línea entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. Estas dos categorías constituyen conceptos totalmente diferentes y antagónicos. La discrecionalidad es el ejercicio de una facultad otorgada por la ley, con cierta libertad de acción de interpretación. En atención, a dicha facultad la Administración toma una decisión de acuerdo con la situación particular y la complejidad de esta, aplicando el criterio que considere más justo a la solución, siempre orientado por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y en procura del bien general. Por su parte la arbitrariedad, no consulta el ordenamiento jurídico. Por el contrario, le sustento de la decisión es un capricho y es una fiel muestra de la voluntad sin fundamento de quien profiere la decisión, que busca la satisfacción de intereses particulares, antes que el bien general. Al respecto Murillo indica lo siguiente:

La discrecionalidad no puede ser sinónimo de arbitrariedad, sino por el contrario, el ejercicio de una potestad legal que posibilite a la Administración una estimación subjetiva, que le permita tomar diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentran presentes en la potestad, y sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública de utilidad o interés

general. La arbitrariedad en cambio se caracteriza por plasmar el capricho de quien ostenta el poder. Lo arbitrario está en contra de los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima. La arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el ordenamiento jurídico, sino más bien, es ajena a él (Murillo, 2011, p. 22)

Esta especial característica de la discrecionalidad se encuentra cimentada en el origen de esta, que no es otro que la misma Ley, y que actuar por fuera de ésta, es contrario a la finalidad de esta facultad que no es otra que la de complementar y hacer más efectivo el mismo ordenamiento jurídico. Al respecto Sarria indica lo siguiente:

(...) partiendo de la base que el ejercicio de la función administrativa está enmarcado por el principio de legalidad la fuente de la discrecionalidad administrativa está en el ordenamiento jurídico en cuanto toda competencia de la administración, cualquiera que sea la posibilidad de arbitrio que tenga su ejercicio, tiene que estar prevista en el ordenamiento jurídico que en cada caso estructura el principio de legalidad. (Sarria, 1986, p. 184)

En este pequeño límite entre la discrecionalidad y la arbitrariedad es donde se enmarca este proyecto de investigación, que busca determinar el porqué es necesario el deber de motivación en el caso de la facultad discrecional que tienen las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cuando se trata la desvinculación de personal de estas.

1.5 Marco jurídico.

El punto de partida de las actuaciones de las entidades administrativas es la Constitución Política de 1991. El articulado de esta Carta Magna es la expresión máxima del deber ser de las autoridades estatales. Desde sus principios más básicos se evidencia ello. En el artículo 1º de la Constitución Política de 1991, se indica la consolidación de Colombia como un Estado sujeto a

la ley y los principios de la dignidad humana, siendo su principal propósito la prevalencia del interés general, a saber:

Artículo 1. Colombia es un Estado Social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Const. Política, 1991, art. 1)

En concordancia con esta finalidad del Estado, el artículo 2º indica cual es el deber ser de la existencia del Estado como ente regulador de las relaciones sociales, bajo los preceptos denominados como los fines esenciales del Estado, determinados de la siguiente manera:

- Servir a la comunidad.
- Promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.
- Facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación.
- Defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Los llamados a cumplir con dichos fines esenciales son las autoridades estatales, esa es la razón principal de su existencia. Al efecto el artículo en mención indica en su último inciso lo siguiente:

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y

libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Const. Política, 1991, art. 2).

El precepto que desarrolla este elemento es la función pública, consagrada en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991, en los siguientes términos:

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (Const. Política, 1991, art. 209)

La función administrativa o función pública es el medio a través del cual se cumplen los fines esenciales del Estado. El no cumplimiento de esta responsabilidad acarrea una extralimitación que se deriva de un deber de reparar el daño. Al efecto, el artículo 6° de la Constitución Política indica que “(...) los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones” (Const. Política, 1991, art. 6). En ese sentido, los elementos y principios establecidos en la Constitución Política, es el norte de la Administración Pública. El cumplimiento de estos a través de los fines esenciales del Estado por medio de la función pública es el pilar fundamental que sustenta la existencia del Estado.

Ahora bien, esta función pública a su vez se ve supeditada a algunos principios que limitan su actuación y le dan legitimidad. Uno de ellos es el principio de legalidad, elemento imprescindible del Estado Social de Derecho, y que obliga al cumplimiento de las leyes y de la Constitución Política. Al respecto, el artículo 4 indica lo siguiente:

Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Const. Política, 1991, art. 4)

Sin embargo, como se indicó anteriormente, existen eventos en que la Ley no prevé una regla o principio, existe la facultad discrecional de la Administración, como forma de dirimir dicho conflicto. En materia administrativa, ello es regulado de forma general en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 44 indica lo siguiente:

Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa (Ley 1437 de 2011, art. 44)

De acuerdo con lo anterior, el ejercicio de una facultad discrecional se encuentra ajustada al principio de legalidad, en la medida en que es la misma ley, quien la autoriza, siempre y cuando exista proporcionalidad y una finalidad que justifique la misma, lo que en otras palabras se traduce, en una palabra: motivación.

Para el caso particular de las fuerzas militares, la ley faculta a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, para que, de manera discrecional, puedan prescindir de los servicios de alguno de sus miembros. Dicha facultad data inclusive del año de 1992 mediante el Decreto 2010 de 1992, que en su artículo 4º indicaba lo siguiente:

Artículo 4. Por razones del servicio determinadas por la Inspección General de la Policía Nacional, el Director General podrá disponer el retiro de Agentes de esa Institución, con cualquier tiempo de servicio, con el solo concepto previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos, establecido en el artículo 47 del Decreto – Ley 1212 de 1990. (Decreto 2010 de 1992, art. 4)

Este Comité de acuerdo con el artículo 47 del Decreto 1212 de 1990 estaba integrado por “(...) los Oficiales Generales de la Policía Nacional en servicio activo, que designe el Director General de la Policía Nacional, el Director de Personal y el Jefe de la División de Procedimientos de Personal, quien actuará como secretario” (Decreto - Ley 1212 de 1990, art. 47).

En ese mismo sentido, se contempla en el Decreto – Ley 41 de 1994, que indicaba en su artículo 75, la facultad discrecional de las Fuerzas Militares, para calificar los servicios de sus miembros a saber:

Artículo 75. Retiro. Es la situación en que por disposición del Gobierno Nacional para Oficiales a partir del grado de Coronel o por Resolución Ministerial para los demás grados, o de la Dirección General de la Policía Nacional para suboficiales, unos y otros, cesan en la obligación de prestar servicio, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización

El retiro de los oficiales deberá someterse al concepto previo de la Junta Asesora para la Policía Nacional, excepto cuando se trate de oficiales generales, inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin causa justificada, destitución, suspensión solicitada por la Justicia Ordinaria, que exceda de ciento ochenta (180) días y muerte (Decreto – Ley 41 de 1994, art. 75).

En esos mismos términos, lo establece el Decreto 262 de 1994, para los miembros de la Policía Nacional, en su artículo 26, a saber: “**Artículo 26. Retiro.** Es la situación en que por disposición de la Dirección General de la Policía Nacional los agentes cesan en la obligación de prestar servicio, salvo en los casos de llamamiento especial al servicio o movilización” (Decreto 262 de 1994, art. 26). Esta discrecionalidad es ratificada y acentuada con el Decreto 573 de 1995, que en su artículo 12 indica lo siguiente:

Artículo 12. Retiro por voluntad del gobierno o de la dirección general de la policía nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional el Gobierno Nacional o la Dirección General, según el caso, podrán disponer el retiro de los Oficiales y Suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, establecido en el artículo 50 del Decreto 41 de 1994 (Decreto 573 de 1995, art. 12).

En lo mismo lo establece el artículo 11 del Decreto 574 de 1995, a saber:

Artículo 11. Retiro por voluntad de la dirección general de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional la Dirección general de la Policía nacional podrá disponer el retiro de los agentes con cualquier tiempo de servicio, con la sola recomendación previa del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos, establecido en el artículo 52 del Decreto 41 de 1994” (Decreto 574 de 1995, art. 11)

Ello viene a ser ratificado luego en el Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000 que en su artículo 104 dispone lo siguiente:

Artículo 104. Retiro discrecional. Por razones del servicio y en forma discrecional, se podrá disponer el retiro de los oficiales y suboficiales, con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación del Comité de Evaluación para el efecto, el cual

estará conformado por el Segundo Comandante de la unidad operativa a la cual pertenezca. Cuando se trate de oficiales se requiere previo concepto de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares. El acto administrativo de retiro se registrará por lo dispuesto en el artículo 99 de este Decreto (Decreto 1790 de 2000, art. 104)

Por su parte, el artículo 99 de este Decreto indica respecto del acto administrativo lo siguiente:

Artículo 99. Retiro. Retiro de las Fuerzas militares es la situación en la que los oficiales y suboficiales sin perder su grado militar por disposición de autoridad competente, cesan en la obligación de prestar servicios en actividad. El retiro de los oficiales en los grados de oficiales Generales y de insignia, Coronel o Capitán de Navío, se hará por decreto del Gobierno; y para los demás grados incluyendo los suboficiales, por resolución ministerial, facultad que podrá delegarse en el Comandante General o Comandantes de Fuerza.

Los retiros de oficiales deberán someterse al concepto previo de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para las Fuerzas Militares, excepto cuando se trate de oficiales generales o de insignia, e inasistencia al servicio sin causa justificada, de acuerdo con lo previsto en el Código Penal Militar para el delito de abandono del servicio.

El retiro se producirá sin perjuicio de la posibilidad de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización, previstos en este Decreto (Decreto 1790 de 2000, art. 99)

Para el caso de los miembros de la Policía Nacional se consagra esta facultad en el Decreto 1791 de 2000, en los siguientes términos:

Artículo 62. Retiro por voluntad del gobierno, o de la dirección General de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, la Dirección General de la Policía Nacional por delegación del Ministro de Defensa Nacional, para el nivel ejecutivo, y agentes podrán disponer el retiro del personal con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva. (Decreto 1791 de 2000, art. 62)

Finalmente, esta facultad es elevada a rango legal, mediante la Ley 857 de 2003, en los siguientes términos:

Artículo 4. Retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional. Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los suboficiales, podrán disponer el retiro de estos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los suboficiales (Ley 857 de 2003, art. 4)

Esta facultad se extiende además a otras entidades o instancias, a saber:

- Ministro de Defensa para el caso de los oficiales hasta el grado de Teniente Coronel
- Directores de la Dirección General, Comandantes de Policía Metropolitana, Departamentos de Policía y Directores de las Escuelas de Formación para el caso de los suboficiales bajo su mando (Ley 857 de 2003, art. 4)

Asimismo, la ley, indica que quien adopta la decisión de retiro discrecional, serán responsables por la decisión que adoptan de acuerdo con lo previsto en la Constitución y en las

leyes vigentes (Ley 857 de 2003, art. 4), de lo que se desprende que debe existir una motivación, que justifique tal medida, so pena de hacerse acreedores a la responsabilidad que para el efecto prevé el artículo 6° de la Constitución Política de 1991. Este el marco jurídico en el que se desenvuelve el objeto de la presente investigación.

1.6 Metodología

El tema de la facultad discrecional en el caso del retiro de personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, será abordado mediante un enfoque deductivo. En una primera etapa, se analizarán las exposiciones de diferentes posturas y tesis respecto de la discrecionalidad en el campo del Derecho Administrativo, mediante un análisis de tipo cualitativo, con el fin de puntualizar el tema, delimitar conceptos, y ubicar el tema propuesto en Colombia y los principios que se derivan de la Constitución Política de 1991, para de esa manera determinar su competencia, alcance, límites, finalidad y objetivos de acuerdo a los fines esenciales del Estado.

A partir de dicho análisis cualitativo, se buscará examinar la aplicación de la teoría de la discrecionalidad en el campo específico del retiro de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que se erige como el objeto de estudio de la investigación propuesta. De ahí que el método de investigación propuesto sea además de cualitativo, descriptivo, en la medida en que se basa en el estudio de una realidad jurídica objetiva con la finalidad de enunciar las falencias actuales que existen en materia de falsa motivación o ausencia de la misma, en el caso del retiro discrecional de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y la posición que para estos casos mantienen el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, con el fin de determinar la coyuntura que al respecto existe, que demuestra la existencia de una laguna jurídica que amerita medidas que brinden seguridad jurídica al administrado respecto de los motivos que fundan su retiro del servicio.

En atención a lo anterior, la técnica que se propone es la de revisión bibliográfica, teniendo como fuentes primarias: (i) la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso – administrativo, (ii) la doctrina en materia de la teoría de la discrecionalidad y, (iii) la legislación vigente.

Ahora bien, la aplicación de este método se divide en tres etapas, que corresponden a cada uno de los objetivos específicos propuestos. En una primera etapa, serán abordados las diferentes tesis, estudios y corrientes dogmáticas de la facultad discrecional a nivel general y a nivel específico para el caso del Derecho Administrativo, partiendo del concepto general de discrecionalidad, su clasificación, y su finalidad en el Derecho Administrativo, su alcance, límites y objetivos como medio de cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

La segunda etapa, se encuentra relacionada con la aplicación de la facultad discrecional en el caso de las Fuerzas Militares de Colombia y la Policía Nacional, partiendo de la regulación de las normas que contemplan esta facultad discrecional para el caso de la Fuerza Pública, y si la finalidad que esta cumple de mejora del servicio se cumple o no, o si por el contrario ello se ha convertido en una forma de abuso y arbitrariedad por parte de la administración, que ha infringido los derechos al debido proceso, al trabajo digno entre otros.

La tercera etapa comprende un análisis de la línea jurisprudencial sobre las posibles causas de la inadecuada aplicación y ejercicio de la facultad discrecional en el caso del retiro de personal de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, centrándose principalmente sobre las consideraciones que para el caso concreto han desarrollado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS JURÍDICOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA DESVINCULACIÓN DEL PERSONAL DE LA FUERZA PÚBLICA.

2.1 Antecedentes históricos de la facultad discrecional en Colombia

La posición de los tratadistas y juristas de derecho administrativo presenta que tiene su origen la facultad del control administrativo en Francia y su nacimiento se produjo en la revolución francesa, en el ámbito de la teoría de separación de poderes, derecho administrativo de 1913 que interpretó rígidamente el esquema divisorio en un doble sentido, puesto que, mientras por una parte se prohibía a los tribunales judiciales juzgar a la Administración, por la otra, se consideraba que esta función era de naturaleza administrativa. Así fue como, para la mayoría de la doctrina, se originó en el derecho público la llamada jurisdicción contencioso-administrativa con copia del modelo de Consejo de Estado. (Malagón, 2012, p.13)

Ahora bien, los principios que lo rigen son la libertad, legalidad y garantía frente al manejo de un poder arbitrario, por lo que su estructura gira en torno a los privilegios y garantías, siendo la arbitrariedad una acción superior a la injusticia (alemán, 2000, p. 110) que se caracteriza por ser la violación o abuso del poder (Díaz, 2015, p. 11),

Es de subrayar que:

ya no se sostiene la tesis según la cual la función de administrar consiste en la aplicación automática de la ley, ni que el juez sea un órgano cuya actividad se reduce a ser algo así como la boca que pronuncia las palabras de la ley que aplica (Cassagne, 2017, P 5).

Según Ariza, 2016 la importancia de la discusión es generar una duda en cuanto a la neutralidad de las decisiones de la administración pública en las que el funcionario con mayor grado jerárquico es quien emite las órdenes que deben ser cumplida so pena de sanción, sin embargo, su necesidad radica en el hecho de atender a las razones de necesidad, oportunidad y conveniencia de mérito (p. 5).

Desde la teoría del derecho, la discrecionalidad nace como consecuencia de la reglamentación que se efectúa respecto de las potestades con la teoría planteada por Montesquieu, en lo que refiere a la tripartición de poderes, legislativo ejecutivo y judicial, y de Rousseau, con la formulación del principio de legalidad, puesto que en un principio a los tribunales judiciales se les impedía juzgar a la Administración, pero también se consideraba que ello era de naturaleza administrativa, estas dos posiciones conllevaron a que se originara la llamada jurisdicción contencioso administrativa, en el derecho público; con las que se efectúa respecto de las potestades con las que cuenta la administración, y “ello ocurre porque resulta imposible que las normas puedan predeterminedar totalmente la conducta a seguir por los órganos del Estado ni establecer los supuestos de hecho normativos que conduzcan a su aplicación automática” (Cassagne, 2009, p. 6).

No obstante, siendo relevante, desde una perspectiva netamente jurídica, debido a la incertidumbre del lenguaje jurídico, así como del uso de diferentes teorías para su interpretación y posterior implementación; teniendo presente que dentro de dicha aplicación del derecho también juega un papel importante la subjetividad del funcionario que tiene como función aplicar la norma en el caso concreto, por lo que desde una postura jurídico-cultural se ha podido establecer que la función de la administración no es únicamente la aplicación automática de las leyes, sino la de satisfacer las necesidades de la sociedad en general a propósito de la satisfacción de las garantías constitucionales entendidas como fin, en ese sentido, vale la pena mencionar que para el caso colombiano, y desde una perspectiva constitucional, son el:

servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Gómez, 2017, Art. 2, p. 6).

Es así, que la ley establece de forma taxativa las condiciones para el ejercicio de la autoridad del Estado, se está bajo las potestades regladas; pero si la norma tan sólo fija las condiciones para el ejercicio de la potestad, se está ante una discrecionalidad administrativa (Villoslada, 2013, p. 4), la figura orientada a los empleados de libre nombramiento y remoción, ha sido un tema de discusión desde el mismo principio del derecho administrativo; segundo, dado que se exhibe como un tema coherente con el amparo de los derechos individuales como colectivos de los sujetos de derecho, entonces, la discrecionalidad se sustenta en la separación de poderes “Aleman, 2000, p. 111), tesis de los autores que sustentan que los actos administrativos no deben estar motivados (Malagón, 2007).

La discrecionalidad se define como “[...] la facultad de la Administración de actuar libremente cuando la Ley la habilita para ello.” (Aleman Pardo, 2000, pág. 111), por su parte, la arbitrariedad se entiende más bien como acto injusto, o acto inmotivado, como acto contrario al Derecho, concebido éste esencialmente como fundamento, como soporte racional y fundado de los actos” (Aleman Pardo, 2000, p. 112).

Con lo anterior se observa que la administración del gobierno realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, su actuación, además de estar enmarcada dentro de los requisitos legales generales, debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario, sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que

produciría la posibilidad de ser controlada jurisdiccionalmente por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así las cosas, la diferencia entre ambas categorías se fundamenta en la Constitución Política colombiana, rechazando la última y aceptando la primera, pues se entiende que esta es una herramienta jurídica indispensable para efectuar una buena administración pública, dado que es a partir de ella que se le otorga al funcionario la posibilidad de utilizar su buen juicio a la hora de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y legales, teniendo presente que con base en el artículo 123 de dicha carta, los servidores públicos deben estar al servicio del Estado y de la comunidad.

Es así como la discrecionalidad no se exterioriza como absoluta, tal y como en una antes, en la Revolución Francesa, con relación a los actos políticos o de gobierno, por lo que se presenta como debido a los presupuestos fácticos señalados en la ley que imputa a la administración tal facultad (Villoslada, 2013, pp. 6 -7).

Con todo, se han creado los esfuerzos necesarios para reducir la discrecionalidad de la administración a la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, los cuales son entendidos como aquellos

[...] que se mantienen generales, que exigen valoración o pronóstico necesario y posibilitan un completo abanico de interpretaciones [...] a ellos pertenecen, por ejemplo, el interés público, el bienestar general, un motivo trascendente, la confiabilidad, la necesidad y el de casos graves especiales, etc. [...] (Maurer, 2008, p. 43)

Ahora bien, pues a nivel jurisprudencial, y a través de la aplicación del precedente judicial, se ha desplazado, en cierta medida, el control de las potestades discrecionales, aspecto

que ocurre mediante la desviación de poder, la aplicación de los principios generales del derecho, el control de la decisión de la administración, desplazando de esta forma el control tangencial por la fiscalización de la correcta aplicación de un concepto jurídico indeterminado no siendo de otro modo que la discrecionalidad administrativa tiene que ver con los efectos jurídicos de la norma, la cual le permite a la administración pública adoptar más de una decisión, lo que otorga cierto grado de autonomía en la toma de decisiones, en tanto los conceptos jurídicos indeterminados son elementos típicos normativos (Villoslada, 2013, pp. 8-9).

De ahí que, lo que ha de mencionarse que el control que se otorga institucionalmente a este tipo de decisiones es nulo. Como fundamento en lo anterior, se tiene que debido a que la naturaleza y fines de la discrecionalidad se encuentran en la consideración según la cual todas las actividades desarrolladas por la autoridad administrativa, se encuentra de conformidad a lo establecido en la Constitución Política y la ley, lo que justifica que su examen a través de la jurisdicción contencioso-administrativa pueda ser practicado en cualquier tiempo (Maurer, 2008, p. 37)

No obstante, “[...] mientras el uso de potestades discrecionales supone la libertad de elección de alternativas igualmente justas, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en el caso concreto impone una única solución correcta” (Villoslada, 2013, p. 10), por lo que aun cuando se prevé dicha posibilidad y en cierta medida puede predicarse una utilidad. Concepto entendido como:

Es el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio. (Hauriou, 1921, p. 455)

El referir la generalidad de la doctrina que conforme a la legislación colombiana, permite entonces el menciona que las diversas teorías que se han ocupado de definir y/o explicar la naturaleza y elementos de la discrecionalidad, como una actividad realizada por los funcionarios que hacen parte de la administración, en primer lugar, difieren a menudo de los conceptos a priori que fijan su punto de partida y el rumbo que debe tomar; y en segundo lugar, estas han influido en las tesis que adoptan los juristas en cuanto a la ciencia política y disciplinas afines, generando un inconsciente colectivo a partir del método jurídico y de la interpretación que se puede proporcionar a partir de la teoría general del derecho, el cual cuenta con un lenguaje plenamente definido que trae consigo una serie de normas y principios generales que son aplicados en la sociedad mediante el uso de tecnicismos que lo dotan de poder.

Se encuentra el antecedente de cómo es en caso de la Policía Nacional, teniendo como antecedente el Decreto 2010 de 1992 (Art. 4), el cual consagró en cabeza del Director General de la Policía Nacional, la potestad discrecional de disponer el retiro de Agentes de la Institución “por razones del servicio” siempre y cuando mediara concepto previo del Comité de Evaluaciones de Oficiales Subalternos (D.2010/92. Art.4).

Por lo anterior, es que se cumple con la idea que “para evitar abusos y mantener el equilibrio de frenos y contrapesos que entraña la división de poderes ha de haber un poder (en sentido orgánico) que controle el ejercicio de la actividad administrativa, ya sea que se exprese a través de una declaración de cognición o volitiva, de opinión o juicio” (Cassagne, 2017, p. 7)

2.2 Efectos de la facultad discrecionalidad en el Estado colombiano y su aplicación al personal de la Fuerza Pública.

La Constitución Política de 1991 establece los fines esenciales del Estado, asignando a las autoridades de la Nación la responsabilidad de proteger y garantizar a todas las personas

residentes en Colombia, los derechos y libertades inherentes a cada uno de ellos, entre ellos la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos como libertades que hacen parte de la dignidad humana.

Ante la anterior razón fundamental y constitucional, fue creada la Fuerza Pública integrada por las Fuerzas Militares, compuesta por (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), y la Policía Nacional, que, aunque a esta última se le da un carácter de Cuerpo Civil Armado, hace parte de la Fuerza Pública, todos adscritos al Ministerio de Defensa Nacional, con una misión, visión y objetivos específicos, encaminados a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado.

Es entonces deducible de la legislación de Colombia y sus cambios a partir de la Constitución política de 1991, el emitir leyes y normas dirigidas a ejercer control y supervisión sobre las diferentes actividades que ejerce el Estado, así como de las funciones y atribuciones que poseen los administradores de las entidades públicas, teniendo como fin último brindar mecanismos legales que permitan un desarrollo eficiente misionario, apropiado y competente de cada organismo.

El mayor antecedente normativo y jurisprudencial del retiro discrecional en la Institución, es el caso de la Policía Nacional, el Decreto 2010 de 1992 (Art. 4), permitiendo observar a quien fue facultado y debiendo ser aplicado por razones únicamente del servicio, lo que más adelante fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-175 de 1993, En consecuencia:

el incremento en la discrecionalidad de la competencia del Director general de la Policía para destituir (sic) agentes de que habla el artículo 4o. y el endurecimiento en la valoración de los antecedentes disciplinarios a que se refiere el artículo 5o. del decreto 2010 se explican y justifican plenamente en este contexto. Ello no

contraviene, por demás, el principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de nuestra Carta fundamental (Gaviria, 1993).

En sí, se hace referencia a todos los agentes de la Policía Nacional que se encuentren en la misma circunstancia, advirtiendo que su uso no es absoluto ni podía tornarse arbitrario, porque como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue .

La Corte Constitucional indicó sobre la función pública en Sentencia C- 631/96 que: Implica el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines. “(...) Se dirige a la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, en sus diferentes órdenes y, por consiguiente, se exige de ella que se desarrolle con arreglo a unos principios mínimos (...), que permitan asegurar su correcto y eficiente funcionamiento y generar la legitimidad y buena imagen de sus actuaciones ante la comunidad (Barrera, 1996, p.1)

Por lo anterior dar un salto en tiempo y mencionar que la Corte Constitucional ha tenido varios pronunciamientos respecto a la función pública. En sentencia C-629 del 2003 se pronunció de la siguiente manera:

[...] Cabe recordar que la organización administrativa del Estado tiene a su cargo, primordialmente, el ejercicio de la función administrativa estatal, la que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 209 de la Constitución Colombiana “...está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

En ese orden de ideas, la búsqueda y logro de los intereses generales, evidentemente, impone a las autoridades una gestión objetiva que debe encauzarse mediante la observancia entre otros, de los principios enunciados en el artículo constitucional transcrito [...] (Tafur, 2003, p. 26)

La Facultad discrecional del gobierno y de la Policía Nacional para retirar miembros del servicio activo-discrecionalidad difiere de arbitrariedad según Sentencia de Unificación SU -172 de 2015 de la potestad discrecional:

se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley. Los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad (Ortiz, 2015)

Es así, que es una facultad que goza la administración pública para garantizar la prestación de sus servicios y con ello poder hacer efectivo lo fines propios del Estado Social de Derecho. Sin embargo, debe regirse dentro del ordenamiento legal vigente, y con ello no ser arbitraria para no desviar ni los fines propios, ni el poder que goza la administración.

2.3 El ejercicio de la facultad discrecional como herramienta legal.

La administración se consideraba que debía actuar en rígido sometimiento a los preceptos legales, lo que en el plano ideológico contribuirá, además, a enmascarar su esencia clasista y en el orden de la legalidad burguesa, eminentemente formal, a supeditar el Estado a la Ley, supeditación que exigía la ya delineada idea del “Estado de Derecho” (Rivero, 1986)

El retiro por llamamiento a calificar servicios es una herramienta con la que cuentan las instituciones de la Fuerza Pública para garantizar la renovación o el relevo del personal uniformado dentro de las escalas jerarquizadas propias de la institución y permitir con ello el ascenso y la promoción de otros funcionarios, régimen especial dispuesto por mandato constitucional y desarrollado en los Decretos Ley 1790 y 1791 de 2000 y las Leyes 857 de 2003 y 1104 de 2006.

Igualmente, la Sentencia de unificación de la Corte Constitucional. SU 091 señala los presupuestos que dan razón a la aplicación legal de esta causal tal y como se mencionó es haber cumplido un tiempo mínimo en la institución y tener derecho a la asignación de retiro. A diferencia de lo anterior, el retiro Discrecional en las Fuerzas Militares y el retiro por Voluntad del Gobierno Nacional o del Director General de la Policía Nacional han sido instituidas con la finalidad de velar por el mejoramiento del servicio frente a casos de corrupción o graves situaciones que afecten el desempeño de la función institucional, en aras de garantizar la seguridad ciudadana y la misma seguridad del Estado, sin que se requiera que el uniformado haya tenido un tiempo mínimo de servicio con el cual adquiriera el derecho a una asignación de retiro.

El retiro del servicio por voluntad del Gobierno o de la Dirección General (Pretelt, 2016)

(i) es una potestad que el mismo Legislador le ha otorgado al Ejecutivo, en cabeza del Gobierno o del Director General de la institución según el rango del policial a desvincular, que permite de forma discrecional y por razones del buen servicio retirar a los miembros de la Fuerza Pública;

(ii) dicha facultad puede ser ejercida en cualquier tiempo y solo requiere de un concepto previo que emite la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional cuando se trata de oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación para los suboficiales y personal del nivel ejecutivo;

(iii) el retiro del servicio se decreta una vez se ha estudiado por separado cada caso, mediante la apreciación de circunstancias singulares y que después de agotar un debido proceso, se determina la necesidad de remover a un servidor que no cumple a cabalidad con sus funciones, bajo el entendido que las mismas deben estar encaminadas a la consecución de los fines que el constituyente les ha confiado;

(iv) esta facultad discrecional se encuentra justificada en razón a la dificultad y complejidad que entraña la valoración del comportamiento individual de cada uno de los funcionarios que pueden afectar la buena marcha de la institución con claro perjuicio del servicio público y, por tanto, del interés general; (v) el oficial que sea retirado por esta causal pierde todo vínculo con la entidad y en la mayoría de los eventos no alcanza a causar una asignación de retiro.

Es ejercicio de la potestad legal que posibilita a la administración y, sobre todo, entendiendo que la solución que se adopte debe necesariamente cumplir la finalidad considerada por la Ley, y en todo caso la finalidad pública de utilidad o interés general. La arbitrariedad en cambio se caracteriza por plasmar el capricho de quien ostenta el poder. Lo arbitrario está en contra de los principios de legalidad, seguridad jurídica y confianza legítima. La arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el ordenamiento jurídico, sino más bien, es ajena a él.

La legalidad se manifiesta en todos los ámbitos de la administración y las potestades que se han dejado señaladas anteriormente, responden a la dinámica aplicativa del principio de legalidad de una potestad administrativa, resulta ser consecuencia lógica, entendido este en el sentido amplio de respeto al ordenamiento jurídico.

La función administrativa se mueve por tradición en un irrestricto apego al principio de legalidad con el fin de dar seguridad al ordenamiento jurídico y a los administrados, no obstante,

incorpora normas que dejan a criterio del operador administrativo la mejor manera de su satisfacción, otorgando para ello facultades discrecionales frente a las cuales se le han definido ciertos límites con el fin de no llevar la decisión a otro plano, como el de la arbitrariedad.

Subrayar, que la Constitución Política de 1991 en el artículo 117 dispone que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control. En el mismo sentido, el contenido del artículo 189 dispuso las funciones que al Presidente de la República corresponden en su condición de Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa y en cuyo caso contempló una facultad en los numerales 21 y 22 donde establece que le corresponde ejercer la inspección y vigilancia conforme a la ley, y ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos; función tal, que aunque corresponde al ejecutivo ejercerla, ante la imposibilidad de cumplir de manera directa, bajo las figuras como la delegación y desconcentración de funciones se descongestiona los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilita y agiliza la gestión de los asuntos administrativos con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales e intereses propios de un Estado Social de Derecho, cuyos pilares fundamentales están dados para regular y garantizar la satisfacción de necesidades.

Por lo que, la función administrativa es un concepto que ha ido cambiado conforme la concepción de Estado imperante en cada momento histórico.

Por lo tanto, se presenta una herramienta legal y reglada dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley" reza nuestra Carta Política en su artículo 121; y en el 122 se establece: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento". Por tanto, en términos generales, el poder o facultades de los administradores deviene de la norma jurídica que les atribuye esa potestad, y es el mismo legislador el que les puede limitar esa

atribución y cuando la actividad administrativa rebasa esas restricciones es que se abre la posibilidad para que el gobernado impugne esos actos.

El profesor García de Enterría dice que cuando la norma jurídica señala la competencia, el procedimiento y el objeto de esa facultad "agotadoramente", es cuando estamos frente a una potestad reglada (García, 1980, pp. 386 y ss.). En esos casos, tal como lo expresa el profesor Libardo Rodríguez R., "la ley no le otorga a la autoridad facultad de tomar decisiones opcionales", como en el ejemplo de otorgar una pensión de jubilación bajo los requisitos taxativamente.

Para esta actividad, el legislador se reservó para sí la facultad de determinar el quién, el cómo y el cuándo el servidor público debe expedir el acto administrativo sin que le sea dable abrogarse alguna libertad para adicionar bajo su criterio circunstancia necesaria para la actuación que va a realizar.

CAPÍTULO III

FACULTAD DISCRECIONAL EN LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA EN COLOMBIA.

3.1 Aplicación de la jurisprudencia constitucional

Posición de la Corte Constitucional sobre la aplicación de la facultad discrecional a la Fuerza Pública. Las normas consagradas en el artículo 4º, de la Ley 857 de 2003 y 104 del Decreto Ley 1790 de 2000 fueron demandadas en acción pública de inconstitucionalidad habiendo la Honorable Corte Constitucional sostenido lo siguiente:

No se trata pues de una discrecionalidad al margen de la ley, sino todo lo contrario, es precisamente en virtud de la ley, y en la medida en que ella dispone que pueda ser ejercida la facultad discrecional, el retirar sus miembros debe ser de forma motivada, contener razones hacia los uniformados para evitar caer en la violación de los derechos.

Observó lo pertinente frente al Decreto Ley 1791 de 2000, concerniente al retiro discrecional de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares por razones del servicio, no desconoce los principios y derechos constitucionales.

Por lo que al aplicar la facultad discrecional debe adelantarse en principios y derechos que consagra la Constitución Política de 1991 irradian a todas las personas, tanto es así que desde el preámbulo de la Carta se asegura a los integrantes del pueblo de Colombia, la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz.

Y en cuanto al punto sujeto a análisis el máximo Tribunal sostuvo lo siguiente:

En la Corte Constitucional, reitera que se ha pronunciado sobre los elementos en que puede ser ejercida la facultad discrecional para el retiro de los miembros de la Fuerza Pública a saber: i) La existencia misma de la potestad; ii) La competencia para ejercerla respecto de unos miembros determinados y, iii) La obtención de una finalidad específica.

Y en cuanto a la recomendación de los Comités de Evaluación para el retiro discrecional sostuvo:

Estos Comités tienen a su cargo el examen exhaustivo de los cargos o razones que inducen a la separación el primero de oficiales o suboficiales, o de agentes el segundo. En dichos comités se examina la Hoja de Vida de la persona cuya separación es propuesta, se verifican los informes de inteligencia o de contrainteligencia, así como del Grupo Anticorrupción que opera en la Policía Nacional, hecho este examen el respectivo Comité procede a recomendar que el implicado sea o no retirado de la Institución (Beltrán, 2006).

De todo ello se levanta un Acta, y en caso de decidirse la remoción se le notifica al implicado. No se trata pues de un procedimiento arbitrario sino de una decisión fundamentada en la evaluación hecha por un comité establecido legalmente para el efecto. Se trata entonces de una discrecionalidad basada en la razonabilidad.

3.2 Aplicación de la facultad discrecional a los miembros de la Fuerza Pública desde la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En la jurisprudencia del Consejo de Estado, claro está, como se pronunció en la sentencia SU-053 de 2015, encuentra unificada la jurisprudencia con base en el pronunciamiento de la

Corte Constitucional, respecto de la motivación de los actos administrativos emitidos en uso de facultades discrecionales de la Fuerza Pública - Policía Nacional, Ejército Nacional y Armada Nacional-, para tal efecto, propuso un estándar mínimo, pero plenamente exigible en la materia, a fin de proteger el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico expone:

La Corte Constitucional reconoce la facultad discrecional con que cuenta la Fuerza Pública para retirar del servicio a sus miembros, decisión que, en principio, es adoptada en aras del mejoramiento del servicio a ella encomendado. Además, esta Corte ha admitido que los actos administrativos de retiro discrecional de la Fuerza Pública no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero sí les es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos (Linares, 2016).

Con lo anterior reconoce la facultad discrecional con que cuenta la Fuerza Pública para retirar del servicio a sus miembros, decisión que, en principio, es adoptada en aras del mejoramiento del servicio a ella encomendado. Además, ha admitido que los actos administrativos de retiro discrecional de la Fuerza Pública no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal, pero sí les es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos.

3.3 Efectividad del Estado al hacer uso del derecho a la defensa y el debido proceso vs facultad discrecional

La facultad discrecional como forma de valorar comportamientos de los funcionarios que pueda causar un perjuicio al servicio público propende de la misma necesidad discrecional y en principio la efectividad del Estado al hacer uso del derecho a la defensa y el debido proceso.

Es así como el poder de mando de la Fuerza Pública en medio de las jerarquías debe ser efectivo con base en apreciación, calificación, evaluación, de naturaleza institucional para que sea discrecional y no de interés individual, por la naturaleza social del Estado dentro de la igualdad de las relaciones políticas que existen en esta comunidad. El Estado social de derecho no puede tener límites en la intervención y vigilancia a la conducta del individuo; en busca de una justicia social, un valor que condiciona la igualdad de oportunidad y goce efectivo del derecho que asiste con detención al principio de legalidad.

De tal manera, en la actualidad se realiza una medición de la efectividad misional en las instituciones en los casos que han sido presentados a través de los medios de comunicación, tal como lo es el caso de la “Comunidad del anillo” o los de “desviación de investigaciones al parecer por actos irregulares cometidos por los altos mandos de la Institución”, se puede decir, que resta credibilidad las actuaciones que han tenido hasta el momento dichas dependencias, lo cual se ve reflejado en el pago de indemnizaciones y reintegros del personal retirado, recursos esparcidos en un superficial resultado, en las múltiples indemnizaciones de decisiones que implica el pago en dinero por las demandas impuestas (Ariza, 2016, p. 26)

Como es reconocido la acción disciplina de la Policía Nacional está en cabecilla de la Procuraduría General de la Nación a sancionar, prevenir por conductas y / o comportamientos que inicia con una queja y encamina un proceso desde la etapa inicial enunciada hasta el final que sea un fallo de condena o de sanción donde para adelantar sus investigaciones existen funcionarios encargados y a su vez se aplica la facultad discrecional.

Lo anterior, con relación a la efectividad del desempeño de la Fuerza Policial el resultado de las decisiones con facultad de discrecionalidad y el resultado devenido.

Teniendo en cuenta que la Policía Nacional y las Fuerzas Militares tienen a su cargo la protección del orden constitucional y de los derechos y libertades de los ciudadanos y la

convivencia pacífica, la ley ha optado por un régimen de carrera de sus funcionarios que permita cierta flexibilidad, de suerte que se pueda garantizar el cabal cumplimiento de las tareas constitucionales encomendadas a la Fuerza Pública. Por supuesto que dicha flexibilización, no conlleva una patente de corso para el desconocimiento de los principios constitucionales que la orientan. En un Estado Social de Derecho no existen poderes ilimitados, en tanto que ellos están siempre ordenados a un fin específico como lo disponen las normas que les atribuyen competencia, y no a cualquier fin; es precisamente lo que hace que los actos proferidos por las autoridades en ejercicio de sus competencias legales sean controlables (Beltrán, 2006)

En cuanto a la postura de la Corte sobre la discrecionalidad, cabe advertir que la jurisprudencia ha evolucionado y, por tanto, ha dotado a la discrecionalidad en la expedición de los actos administrativos, con características especiales dependiendo el momento en que emite estos pronunciamientos, toda vez que las reglas de la doctrina del derecho viviente y los avances en el campo legal administrativo han obligado a que las decisiones tomadas bajo singulares circunstancias, fueran revisadas cuando las condiciones jurídicas, de orden público o sociológicas, sufrieron algún cambio o una vez se ha constatado que las instituciones de la Fuerza Pública han sido fortalecidas, adaptando los nuevos fallos conforme a las situaciones actuales.

En lo pertinente a la interpretación que realiza el Gobierno y la Fuerza pública respecto a la discrecionalidad absoluta, tanto la Jurisdicción Contencioso Administrativa como la Constitucional, han fijado su postura. La primera ha precisado en su jurisprudencia, “que los actos discrecionales que expide el Ejecutivo desvinculando a los oficiales de la institución encuentran sustento en normas legales y, por ende, no deben ser motivados”. Sin embargo, cuando en la expedición de dichos actos, los jueces administrativos encuentran que existen conductas que desbordan el fin de la facultad concedida por la Constitución o la ley, éstos se han visto compelidos a declarar la nulidad de estos, declarando la desviación de poder. A la Fuerza de la Policía Nacional, el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

el retiro de los oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública debe obedecer a razones objetivas y precisas, dado que de permitirse la salida de estos de manera simplemente discrecional y sin motivación alguna, equivaldría a avalar la arbitrariedad introduciendo en el mundo jurídico un elemento netamente subjetivo que permitiría la aplicación caprichosa de dicha facultad gubernamental. (Palacio, 2013)

Teniendo en cuenta que los máximos Tribunales, en sus respectivas jurisdicciones (Contencioso Administrativa y Constitucional) han forjado dos formas de controlar una misma facultad conferida al Gobierno, en lo que respecta a la aplicación de un mismo asunto, estas dos posturas de la cual se ajusta más la que encuentre sustento en la Carta Superior (Palacio, 2013).

En consecuencia, las razones de la efectividad de la discrecionalidad en el retiro del servicio para oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares deben ser objetivas, probadas, razonables y proporcionadas a la decisión de desvinculación, todo lo cual se debe consignar en la parte motiva de la recomendación de la junta competente y del acto administrativo de retiro, aprobando por separado del servicio la introducción de los recursos originarios, so pena de incurrir en desviación de poder por parte de las instituciones de la Fuerza Pública.

CONCLUSIONES

El uso de la facultad discrecional para el retiro de miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional por razones del servicio, obedece a la facultad de arbitrariedad y no de control abstracto en sus pronunciamientos de los elementos normativos actuales, por ende afectando un alto grado de inseguridad jurídica y los preceptos que indica la Constitución Política de 1991, que debe ser atribuida dentro de los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad y verificables y no el solo requerimiento de una manifestación de un Comité o de una Junta Asesora de Evaluación que se denomina o entiende por discrecionalidad presentándose así una regulación incompleta.

La facultad administrativa contempla unos fines a cumplir por la administración y su función no consiste únicamente en justificar la actuación de ésta, sino también permitir el ejercicio de un control para asegurar su cumplimiento. En este aspecto, se ha dejado señalado que toda competencia se encuentra sometida a la extensión de la potestad que la origina y al fin que se incorpora dentro de la misma. El fin que caracteriza dicha potestad debe realizarse o satisfacerse en el título legal que contempla dicha atribución de los fines del Estado, Constitución y los propios de la función administrativa contemplados en la legislación colombiana, a ser la satisfacción del interés general, el cual puede ser considerado como el fin último de la actividad administrativa.

Esta Institución de la administración pública debe regirse por los principios de la función pública, y adicional, se encuentra amparada por la ley. El ordenamiento jurídico colombiano respecto a esta institución en normas como por ejemplo la ley 2400 de 1968, la ley 65 de 1997, el Decreto 01 de 1984, derogado por la ley 1437 de 2011, reconocen la discrecionalidad de la administración como nominador, de poder declarar la insubsistencia de un nominado o servidor público que no esté en carrera, sin motivar la providencia, por la cual, ejerció dicha función.

Respecto a las formas de vinculación a la administración y de la declaración de insubsistencia no motivada respecto a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, es visible que la administración pública respondiendo a los principios constitucionales del artículo 29, 125 y 209, construye toda la teoría administrativa necesaria para demostrar que la ley misma se ha establecido bajo el criterio constitucional y ha erigido una normatividad ordinaria que no contraria ni la Constitución Política ni el ministerio de la ley en sí

El Consejo de Estado y la Corte Constitucional, son entes supremos intérpretes de su jurisprudencia de Derecho Administrativo y de los derechos fundamentales, respectivamente. Sin embargo, a la fecha van desconociendo la unificación en la jurisprudencia que permite determinar si debe o no haber motivación en el retiro de miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. En el caso del Consejo de Estado, la posición que ha adoptado es que al ser una facultad discrecional el retiro del personal de las Fuerzas Militares no existe el deber de motivación, y por ende basta solo con la manifestación o concepto previo de la Junta de Evaluación respectiva, para determinar si es procedente o no la asignación de retiro. Contrario, la Corte Constitucional indica que es necesario y procedente la motivación del retiro, ya que no basta con que exista una recomendación que así lo sustente, sino que se hace imprescindible que exista una motivación real que se sustente en el análisis profundo de la hoja de vida del uniformado y las razones que fundamentan la decisión adoptada, a efectos de que se puedan ejercer en debida forma los derechos a la defensa y al debido proceso.

REFERENCIAS

Adamovich, L. (1954). *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*. 5ª Ed. Barcelona: T. I, Viena.

Alemán P, M. J. (2000). *Acerca de las Diferencias entre Discrecionalidad y Arbitrariedad en la Actuación de la Administración*. Fundación Mariano Ruiz Funes, 109-121.

Álvarez, T, f. (1954). *El proceso contencioso administrativo*. La Habana: Librería Martí.

Ariza, L.A. (2016). *Aplicación de la Discrecionalidad en la Policía Nacional de Colombia y su Relación con la efectividad de la misión institucional y la posible vulneración de Derechos*. Tesis de grado para obtener el título de Especialista en Derecho Sancionatorio. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Asamblea Constituyente. (1991). *Constitución Política de 1991*. Bogotá: Editorial Leyer.

Barberi, F, j., & Téllez, M, S. (2015). *El uso y el abuso de la facultad discrecional en las Fuerzas Militares y la Policía Nacional*. Tesis de grado para obtener el título de Magister en Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Benítez, R, V. (2010) “La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro”, *Dika ion*, 19(1), 99 – 120.

Cassagne, J. C. (2009). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Ibáñez.

Congreso de la República. (2011). “Ley 1437 de 2011”. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Diario Oficial No. 47.956 del 18 de enero de 2011.

Corte Constitucional. *Sentencia C – 525 del 16 de noviembre de 1995*. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. (1992). “Decreto 2010 del 14 de diciembre de 1992”, *Por el cual se toman medidas para aumentar la eficacia de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 40.690 del 15 de diciembre de 1992.

Díaz, J. D. (2015). Entre la Legalidad y el Ejercicio de Potestades Discrecionales en las Decisiones de Alta policía Administrativa: Una Visión a Partir de la Distinción entre las Reglas y Principios. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Dworkin, R. (1980). *Filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

Dworkin, R., & Hart, H. L. (2002). *La decisión judicial – estudio preliminar de Cesar Rodríguez*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

García De Enterría, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1.980, Tomo I

Gómez, S. F. (2017). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Editorial Leyer.

Hauriou, M. (1921). Compendio de Derecho Administrativo. París: Sirey

Malagón, P. M. (2007). *Vivir en Policía: una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Edición de la Universidad Externado de Colombia.

Malagón, P. M. (2012). *Los Modelos de Control Administrativo en Colombia (1811-2011)*, Bogotá: Ed. Uniandes,

Ministerio de Defensa Nacional. (2000). “Decreto 1790 del 14 de septiembre de 2000”. *Por el cual se modifica el Decreto que regula las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares*. Diario Oficial No. 44.161 del 14 de septiembre de 2000.

Ministerio de Defensa Nacional. (2000). “Decreto 1791 del 14 de septiembre de 2000”. *Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional*. Diario Oficial No. 44.161 del 14 de septiembre de 2000.

Ministerio de Defensa Nacional. (1995). “Decreto – Ley 573 del 4 de abril de 1995”, *Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera profesional de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional*. Diario Oficial No. 41.795 del 6 de abril de 1995.

Ministerio de Defensa Nacional. (1994). “Decreto 262 del 31 de enero de 1994”. *Por el cual se modifica las normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 41.201 del 31 de enero de 1994.

Ministerio de Defensa Nacional (1995). “Decreto 41 del 10 de enero de 1994”. *Por el cual se modifican las normas de carrera profesional de oficiales y suboficiales de la Policía*

- Nacional y se dictan otras disposiciones*”. Diario Oficial No. 41.168 del 11 de enero de 1994.
- Marín, H, H. (2007). *Discrecionalidad administrativa. Actos de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Maurer, H. (2008). Vinculación a la Ley, Discrecionalidad y Conceptos Jurídicos Indeterminados. En H. Maurer, *Introducción al Derecho Administrativo Alemán* (págs. 33-53). Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Murillo, M, J. (2011). *Las facultades discrecionales en el Estado Social de Derecho Colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la doctrina y la jurisprudencia*. Tesis de trabajo para optar al título de magister en Derecho Administrativo. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Palacios, I, J. (1997). *El control de la discrecionalidad administrativa*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Presidencia de la República. (1995). “Decreto 574 del 4 de abril de 1995”. *Por el cual se modifican parcialmente el Decreto 262 del 31 de enero de 1994, normas de carrera profesional de agentes de la Policía Nacional*. Diario oficial No. 41.795 del 6 de abril de 1995.
- Poder Público – Rama Legislativa. (2003). “Ley 857 de 2003”. *Por medio de la cual se dictan nuevas normas para regular el retiro del personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional y se modifica en lo pertinente a este asunto, el Decreto – Ley 1791 de 2000 y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 45.412 del 26 de diciembre de 2003.

Sánchez, T. (1995). *Teoría General del Acto Administrativo*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.

Sarria, O. C. (1986). *La discrecionalidad administrativa*. Bogotá: Ediciones Rosaristas.

Rivero, J.D. (1986). *Droit Administratif*. Paris: Edif Dalloz.

Vásquez, H. D., & Gil, G. L. (2017). “Modelo constitucional de la Fuerza Pública en Colombia”, *Revista Prolegómenos. Derecho y Valores*, 20(369), 139 – 162.

Villoslada, M. (2013). *El Control de la Discrecionalidad*. Colombia: Universidad de la Rioja.

Web

Cassagne, J. C. (05, 01, 2017). *La Discrecionalidad Administrativa*. [En línea] Obtenido de:
 Universidad de la Rioja:
http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_discrecionalidad_administrativa.pdf

Jurisprudencia

Pretel, Ch. J. (2016). Sentencia SU 091 (25,02,16). Corte Constitucional. Colombia.

Linares, C. A. (2016). Sentencia T -116 (07,04,16). Corte Constitucional. Colombia.

Ortiz, D. G. (2015). Sentencia SU 172 (16,04,15). Corte Constitucional. Colombia.

Palacio, P. J. (2013). Sentencia T-265 (08,05,13). Corte Constitucional. Colombia.

Beltrán, S. A. (2006), Sentencia C – 179). Corte Constitucional. Colombia.

Gaviria, D. C. (1993). Sentencia C-175 (06,05,93). Corte Constitucional. Colombia.

